Der Besitzwille.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Philipp Schröder

Gerichtsreferendar aus Kassel.

Marburg 1933.

Buchdruckerei W. Kempf, Treysa.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 27. September 1933.

Berichterstatter: Geh. Prof. Dr. Leonhard.

Dem Andenken meines Vaters.

Schrifttum.

Affolter: Das Willensmoment beim Besitzerwerb; im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 1 ff.

Albrecht: Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, 1828.

Baron: Zur Lehre vom Besitzwillen, 1890 in Iherings Jahrbüchern; Bd. 29 S. 192 ff.

Baron: Noch einmal der Besitzwille, 1891 ebenda Bd. 30, S. 197 ff.

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB, in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 645 ff.

Burghoff: Der Besitzwille, Diss. 1900

Bekker: Zur Reform des Besitzrechts 1891

Colberg: Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1908

Ebbecke: Besitzstand; im Recht 1913, S. 261 ff

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1905

Enneccerus: Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 3

Frank: Der Besitzwille nach dem BGB, Diss. 1898

Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB, 1897

Hähn: Die herrschende und Ihering'sche Theorie des Besitzes, Diss. 1896

Heusler: Die Gewere, 1872

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2, 1886, in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft

Huber: Die Gewere, 1894

v. Ihering: Der Besitzwille, 1889

Kniep: Der Besitz des BGB, gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, 1900

Kreß: Besitz und Recht, 1909

Last: Fragen der Besitzlehre; in Iherings Jahrbüchern, Bd. 61, S. 1 ff; Bd. 63, S. 71 ff

Leonhard: Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 1926

Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte

v. Savigny: Das Recht des Besitzes, 1837

Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte

Stintzing: Besitz, Gewere, Rechtsschein; in Arch. f. Ziv. Pr. Bd. 109, S. 347 ff

Stemann: Die Voraussetzung des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes. Diss. 1903

Strohal: Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 29, S. 330 ff

Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB; in Iherings Jahrbüchern, Bd. 38, S. 1 ff

Wendt: Besitz und Besitzwille; in der Festschrift für die juristische Fakultät der Universität Gießen, 1907

Windscheid: Pandekten, Bd. 2, 7. Auflage, 1891

Wolff: Der Begriff des Besitzes nach dem BGB, Diss. 1898

Planck: Kommentar zum BGB, Bd. 3, 1920

Staudinger: Kommentar zum BGB, Bd. 3, 1926

Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bd. 3, 1928

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, amtliche Ausgabe

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches; Ausgabe von Achilles-Gebhardt-Spahn, Bd. 3, 1899

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Inhaltsübersicht.

I. Das römische Recht.

II. Das alte deutsche Recht.

III. Das Besitzrecht des BGB.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist die Darstellung einer Streitfrage des Besitzrechts, die bereits vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches innerhalb der Wissenschaft zu erheblichen Auseinandersetzungen Veranlassung gab. Es soll die auch unter der Herrschaft des BGB. noch viel umstrittene Frage geprüft werden, ob der Besitz — das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache — von einem bestimmten Willen begleitet sein muß, um Gegenstand der im Gesetz festgelegten Rechtsbeziehungen sein zu können.

Im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches überwiegen die deutschrechtlichen Grundlagen; doch gerade die Lehre vom Besitz baut nach herrschender Ansicht in Vielem auf dem System des römischen Rechts auf. Es ist daher angängig, zunächst die geschichtliche Entwicklung des Besitzrechtes darzulegen.

I. Das Römische Recht.

Besitz ist das äußere, also einem Dritten offensichtliche Verhältnis der Person zur Sache, an dessen Vorhandensein die Rechtsordnung gewisse Folgen knüpft, und zwar unabhängig von dem diesem äußeren Zustand etwa zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis.

a. Schon die erste größere Darstellung des römischen Stadtrechts, das Zwölftafelgesetz aus dem Jahre 450 v. Chr., kannte einen Eigentumserwerb auf Grund fortdauernder tatsächlicher Herrschaft, die usucapio. Durch zweijährigen „Usus" bei unbeweglichen Sachen und einjährigen bei allen übrigen Sachen wurde das Eigentum erworben. Lediglich also auf Grund des äußeren Tatbestandes, der dem Dritten in der Nutzung der Sache gleich einem Eigentümer erkennbar wurde, trat der Eigentumserwerb ein.

Diese Gesetzgebung blieb die Quelle für die Entwicklung des römischen Besitzrechts bis hin zu dem Gesetzgebungswerk Justinians.

b. So kommt die römische Rechtswissenschaft zu der Bestimmung:

> Apiscimus possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.
>
> L. 3 § 1 de poss.

Corpus und animus sind die beiden Elemente, die den Besitz verschaffen. Nur dann, wenn diese beiden Voraussetzungen gegeben sind, das Faktum von einem bestimmten Willen begleitet, liegt Besitz vor.

1) Das Corpus ist die „Verkehrserscheinung“, das tatsächliche Gewaltverhältnis, als das sich der Besitz Dritten gegenüber äußert. An diese Voraussetzungen dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere ist es nicht angängig, sich diese lediglich als ein physisches Machtverhältnis vorzustellen. Ein Eingreifen mit der Hand bei beweglichen Sachen und das Betreten des Grundstücks mit den Füßen zu fordern, würde auch für das entwickelte römische Recht einen zu engen, den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht gerecht werdenden Begriff ergeben. Zwar wurde eine derartige Lehre in der Wissenschaft vertreten. Doch das wirtschaftliche Bedürfnis zwang alsdann zu verwickelten Konstruktionen und symbolischer Deutung der Quellen.

Savignys Verdienst ist es, den Nachweis geführt zu haben, daß die von jener Wissenschaft als symbolisch angenommene Form der Besitzeinweisung und des Besitzes dem regelmäßigen Begriff des Besitzes entspricht.[1]) Kennzeichnend für den Tatbestand des corpus ist nämlich ein Moment, das mit der physischen Gewalt begrifflich insofern verbunden ist, als durch die unmittelbare Nähe einer Person zur Sache deren Gewalt über die Sache bereits regelmäßig zum Ausdruck kommt. Dementsprechend ist das corpus bereits vorhanden, wenn die physische Möglichkeit besteht, jederzeit auf die Sache unmittelbar einwirken und jede fremde Wirkung auf sie ausschließen zu können.[2])

Um den Besitz an beweglichen Sachen zu erwerben, genügt es, auf dem Grundstück gegenwärtig zu sein. Eine Umgehung der Grenzen oder andere umständliche Formen der Besitzeinweisung sind nicht erforderlich:

> Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita

---

[1]) Savigny, Recht des Besitzes, S. 227 ff.

[2]) ebenda, S. 232

accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire.

L. 3 § 1 de poss.

Die bloße Gegenwart auf dem Grundstück gibt regelmäßig schon die Möglichkeit der Nutzung. Da bei dieser Sachlage bereits auch fremde Eiuwirkung unmöglich gemacht werden kann, ist dem Erfordernis des corpus genügt.

Auch bei beweglichen Sachen ist zum Besitz nicht die unmittelbare Berührung erforderlich. Gleichfalls genügt das bloße Näheverhältnis, das die Möglichkeit gibt, in der geforderten Beziehung auf die Sache einwirken zu können:

Pecuniam, quam mihi debes, ant aliam rem, si in conspectu meo ponere te iubeam: efficitur ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: nam tum quod a nullo corporaliter eius rei possessio detineretur, adquisita mihi, et quodam modo manu longa tradita existimanda est.

L. 79 de solutionibus.

Weil bereits dieses Machtverhältnis zum Tatbestand des corpus genügt, ist auch bei allen Sachen, die sich im Hause befinden oder dort niedergelegt werden, diese Voraussetzung des Besitzers erfüllt:

Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo iusserim; possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.

L, 18 § 2 de poss.

2. Der Inhaber des bloßen corpus hat jedoch noch keinen Anspruch auf gerichtlichen Schutz gegen eigenmächtige Störung seitens Dritter, mag er auch einen auf die Ausübung des Besitzes gerichteten Willen haben. Der juristische Besitz i. e. S. ist vielmehr an das Vorhandensein eines bestimmten Willens, des animus domini, neben dem Tatbestand des corpus geknüpft. Nur wer die Sache tatsächlich so beherrschen will, wie ein Eigentümer kraft seines Rechts zu tun befugt ist, ist „juristischer Besitzer“; nur ihm ist der Rechtsschutz vorbehalten.

Diese beiden Voraussetzungen — corpus und animus domini — genügen in jedem Fall zum Erwerb des Besitzes. Keineswegs ist die Ueberzeugung des Besitzers, daß er wirklich Eigentümer sei — opinio domini — erforderlich.

3. Von diesem Besitz, den die Quellen posessio, civilis posessio oder auch posessio ad interdicta bezeichnen, ist jene Innehabung streng zu scheiden, die im Gegensatz zu einem rechtlich unerheblichen bloßen Raumverhältnis auch von einem Willen begleitet ist,[3] jedoch nicht dem animus domini, sondern lediglich dem animus possidendi. Für diese ungeschützte Innehabung, welche die Quellen naturalis possessio nennen, hat das gemeine Recht das Wort „detentio“ geprägt. Unter dem Begriff der Detention sind die Fälle des Fremdbesitzes aufzuführen, also jene Fälle, in denen der Eigentümer seinen Besitz ohne Eigentum überträgt.

> Nec item est, possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet, cuius nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.
>
> L. 18. pr. de poss.

Prokurator und Pächter z. B. können einen Willen, die Sache wie ein Eigentümer nutzen zu wollen, nicht haben; denn das Eigentum eines Dritten — besser Berechtigten — wird ausdrücklich anerkannt. Ihr Wille kann lediglich auf die Ausübung fremden Eigentums — animus alteri habendi — gerichtet sein. Diese Inhaber sind des Besitzschutzes nicht teilhaftig.

Von diesem Grundsatz mußte jedoch bereits das römische Recht Ausnahmen zulassen, um dem wirtschaftlichen Bedürfnis, in gewissen Fällen auch dem unselbständigen Inhaber Schutz zu gewähren, gerecht zu werden. Der Besitz des Emphyteuten, des Pfandgläubigers, unter Umständen auch der des Prekaristen und des Depositars ist durch die Interdikte geschützt.[4])

4. Da also auch die bloße Detention von einem Willen begleitet ist, können zunächst solche Personen nicht einmal ungeschützten Besitz erwerben, welche willensunfähig sind. Hierunter fallen zunächst die juristischen Personen:

> Possessionem heriditas non habet, quae est facti et animi.
>
> L. 1 § 15 si qui testamento liber.

Auch Jugendliche und der Wahnsinnige könnnen grundsätzlich keine Detentoren sein:

---

[3]) Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.

L. 1, § 9 Dig. de. acq. vel an poss. 41, 2.

[4]) vgl. Savigny, Recht des Besitzes S. 320 ff

Furiosus non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent.

L. 1 § 3 de poss.

Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit — nam alioquin nullus consensus infantis est, accipienti possessionem.

L. 32. § 2 de poss.

Dem gegenüber können ungeschützten Besitz, nicht aber juristischen Besitz, diejenigen erwerben, die wohl den animus possidendi haben können, also willensfähig sind, die jedoch kein Eigentum für sich erwerben können. Sie können demgemäß einen Willen über die Sache wie ein Eigentümer verfügen zu wollen, auch nicht haben. Der filiusfamilias kann keinerlei Eigentum für sich erwerben; der Sklave ist vollkommen rechtlos. Beide können keine juristischen Besitzer sein. Demgemäß kann also grundsätzlich nur der vollkommen Handlungsfähige, d. h. der zu allen Rechtsgeschäften fähige, juristischer Besitzer sein. Denn er allein ist nur imstande, rechtswirksam Eigentum zu erwerben.

5. Zur Fortdauer des Besitzes ist nicht etwa das ständige Vorhandensein dieses körperlichen Näheverhältnisses erforderlich, wie es bei Besitzbegründung notwendig ist. Es genügt vielmehr, dieses Verhältnis in jedem Augenblick wiederherstellen zu können.

Entsprechend den bei der Begründung und zur Fortdauer des Besitzes notwendigen Voraussetzungen bestimmt sich die Beendigung des Besitzes. Der Verlust beruht entweder auf dem eigenem Willen des Besitzers oder einer äußeren Begebenheit. Auf jeden Fall ist er beendet, wenn eine der beiden Voraussetzungen des Besitzes — corpus oder animus — nicht mehr vorhanden sind.

c. Entgegen dieser von Savigny entwickelten Lehre ist nach der Ansicht Jherings die Art der Qualifikation des Besitzwillens bedeutungslos. Nach seiner Lehre kommt dem juristischen Besitzer wie dem Detentor der gleiche Wille zu. Die Entscheidung, ob juristischer Besitz oder bloße Detention vorliegt, macht er allein von der Art des dem Besitz zugrunde liegenden Verhältnisses — der causa possessionis — abhängig ohne Berücksichtigung der Absicht und der Ansicht der Partei. Zum Beweise des Besitzes hält Jhering demgemäß den bloßen Nachweis des corpus für ausreichend, denn dieses tatsächliche Verhältnis schließt nach seiner Lehre stets den animus possidendi

in sich. Lediglich aus praktischen Gründen soll in einzelnen Fällen der Detention die Wirkung des Besitzes diesen entzogen sein. Ihering verneint also keineswegs die Notwendigkeit eines Besitzwillens. Den äußeren Tatbestand hält er ohne eine Willenstätigkeit der Person nicht für denkbar; das corpus schließt den animus ohne weiteres in sich. „Corpus und animus sollen sich verhalten wie Wort und Gedanke". [5])

Ihering bestreitet zwar nicht, daß in den von Savigny angeführten Stellen die Unterscheidung des juristischen Besitzes von der Detention auf die Verschiedenheit des Besitzwillens zurückgeführt wird. Er stellt sie jedoch als eine Sondermeinung hin. Aus Stellen Papinians (L. 44 § 4 de usurb. 41,3), Javolenus' (L. 21 de usurb. 41,3), Ulpians (L. 13 de don. 39,5) und Julians (L. 33. § 6 41,5) versucht er den Nachweis der Richtigkeit seiner Lehre zu erbringen. Insbesondere führt Ihering zur Begründung seiner Ansicht auch deren prozessualen Vorteile an. Der animus, auf den es nach Savignys Lehre allein ankomme, sei im Prozeß zu beweisen. Der Nachweis einer derartigen inneren Tatsache sei aber regelmäßig unmöglich, insbesondere entspreche ein derartiges Erfordernis nicht „der Sprache des Lebens". [6])

Diese Einschränkung der Bedeutung des Besitzwillens, den wir im Anschluß an Savigny als Merkmal zur Unterscheidung der detentio vom juristischen Besitz darstellten, ist nicht berechtigt. Die oben angeführten und auch noch weitere, nicht etwa nur von Paulus herrührende Quellen, sprechen für Savigny, Es sei in diesem Zusammenhang auf die folgende Stelle hingewiesen, die Riccobono eingehend prüft: [7])

> Celsus scribit, si qui merces quas exvenhendas conducit in horrero posuit, cum conductore ad exhibendum agi podest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum: sed si nemo heres sit cum horreario agendum; nam si a nullo, inquit, possidentur verum est aut horrearium possidere aut certe ille est qui potuit exhibere.

In dieser Stelle ist der Wille als entscheidendes Moment für die Besitzfrage dargelegt; insbesondere ist die Unabhängigkeit des Besitzbegriffes von der causa possessionis ausgesprochen.

---

[5]) Ihering, der Besitzwille, S. 41

[6]) Ihering a. a. O., S. 21

[7]) die L. 5 pr. D. ad. exh. für die Willenstheorie im Besitz, in Arch. f. Ziv. Pr., Bd. 80, S. 124

Iherings Lehre beruht auf eine Verkennung des Begriffs des animus. Lediglich unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Momentes gibt er diesen als den Willen, den Besitz „im eigenen Interesse“ auszuüben, wieder. In Wirklichkeit jedoch ist im Gegensatz zur Detention der Wille auf den Besitz „im eignen Namen“ gerichtet. [8])

Eine unbefangene Prüfung läßt also berechtigte Zweifel aufkommen, ob das, was Ihering lehrt, dem römischen Recht entspricht. Es scheint, daß der historische Blick Iherings von einer starken, praktischen Veranlagung begleitet wurde, bei der der Wunsch der Vater des Gedankens war. Seine Ausführungen zur Schaffung eines deutschen Besitzrechts, auf die unten noch eingegangen werden soll, berechtigen zu diesem Schluß.

II. Das alte deutsche Recht.

Der römisch-rechtliche Begriff des Besitzes ist dem deutschen Rechtsbewußtsein fremd. Das römische Besitzrecht ist in anderen, von den unseren verschiedenen sozialen Verhältnissen geboren. Der römisch-rechtliche Begriff beruht auf dem Gedanken des Herrschers zum Unterworfenen, der nur eine unabhängige Herrschaft an der Sache kennt und demgemäß einen besser Berechtigten über sich nicht anerkennen kann. Anders dagegen im deutschen Recht: dieses ist aufgebaut auf dem Gedanken einer Abstufung.

Bei den Germanen gab es ursprünglich kein Privateigentum an Grund und Boden. Alles Land gehörte dem Volk. Von der Gesamtheit wurde dem Einzelnen dieses Volkland zur Nutzung überlassen. Auch zur Zeit Tacitus' ist der Grundstücksverkehr noch gering. Eine Uebertragung des Bodens an Angehörige anderer Gemeinden, sog. Ausmärker, unterlag dem Widerspruch jedes einzelnen Markgenossen. Nur spärlich war auch der Mobilarverkehr entwickelt. Herden und Waffen standen im Eigentum der Genossen und eine Uebertragung zu abhängigem Gebrauch war grundsätzlich unbekannt.

Erst in der fränkischen, insbesondere der karolingischen Zeit entwickelte sich ein stärkerer Grundstücksverkehr; erst jetzt bildeten sich strenge, allgemein anerkannte Formen der Uebertragung.

---

[8]) Hähn, die herrschende und Ihering'sche Theorie des Besitzes, S. 12

a. Die deutsche Partikulargesetzgebung.

1. Die Eigentumsübertragung und die Besitzeinweisung wurden im ältesten deutschen Recht durch eine einzige Handlung, die traditio, vollzogen. Gemeinsam gingen die Parteien auf das Grundstück, das veräußert werden sollte. Durch den gleichen Akt wurde die Einweisung in die rechtliche und tatsächliche Herrschaft vollzogen. Das Darreichen von Baumzweig oder Glockenstrang, das Herumführen oder das Zeigen der Grenzen sind hierbei gebräuchliche Handlungen.

Einen äußeren Unterschied zwischen der Eigentumsübertragung und der eigentlichen Besitzeinweisung bringen erst die Vergabungen der Kirche im 8. Jahrhundert. Sie gestalten den Begriff der traditio um; die bisher verbundenen Akte werden in den Abschluß des dinglichen Vertrages — die traditio — und die faktische Besitzeinweisung — die investitura — zerlegt.

Hic sunt testes traditionis . . . item investiturae,

so lautet die Formel in zahlreichen Vergabungsurkunden. In feierlicher, jedem erkennbarer Weise wurde der Erwerber in Gegenwart von Zeugen in seinen Besitz eingeführt, um jeden Verdacht eines unlauteren Erwerbs für alle Zukunft fernzuhalten. Durch Ergreifen des Türpfostens, Ausheben eines Stücks Rasen oder Brechen eines Baumzweiges gab der Erwerber die Ergreifung des Besitzes kund. [9])

Bereits frühzeitig wurde der Ausdruck investitura oder vestitio, der sich bisher auf den eigentlichen Einweisungsakt bezog, auf den Zustand der tatsächlichen Sachherrschaft selbst ausgedehnt. Er wurde zu einem selbständigen Rechtsbegriff, der Gewere.

2. Die Gewere ist in ihrem Urbegriff die äußere Erscheinung des Gewaltverhältnisses der Person zur Sache, welches dieser die Fähigkeit gab, einerseits über die Sache zu schalten und zu walten und sie andererseits der willkürlichen Einwirkung jedes Dritten zu entziehen. [10]) In der rechtlichen Anerkennung dieses Gewaltverhältnisses liegt die Bedeutung der Gewere. Ihre Bestimmung ist dem Wort auch selbst zu entnehmen: das Hauptwort „Gewere" und das Zeitwort „geweren" weisen auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurück, nämlich auf den Schutz, die Verteidigung oder auch die Sicherung. Derjenige, der einem Dritten die Gewere verspricht,

---

[9]) **Heusler, Gewere, S. 1**
[10]) **Albrecht, Gewere, S. 9**

sagt ihm somit die Verteidigung der Sache gegen rechtliche oder tatsächliche Angriffe Dritter zu.[11]) So ist der Inhaber der Gewere derjenige, der die Sache zu schützen vermag. Diese Möglichkeit ist aber zum mindesten stets dann gegeben, wenn die Sache sich in der tatsächlichen Gewalt einer Person befindet.[12])

Die tatsächliche Gewalt in dieser physischen Auslegung ist aber keineswegs in allen Fällen Voraussetzung der Gewere. Insbesondere ist nicht einmal die tatsächliche Innehabung und somit die dauernde Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung auf die Sache unbedingtes Erfordernis.

> Svie so it (dat gut) in nut unde in gelde hevet unde den tins darut nimt, it sie wief oder man, die hevet die gewer daran.
>
> Sachsenspiegel 14, § 1.

> So vrag, we an deme gude tu rechte were hebbe. So viutme, de it in nut unde in gelde hebbe.
>
> Richtst. Landr. 26, § 6.

Die angeführten Stellen geben das maßgebende Kennzeichen der Gewere wieder: derjenige, der die Nutzung des Gutes hat, der hat die Gewere. Aus den Worten „in gelde haben" ergibt sich, daß diese Nutzung nicht in der tatsächlichen Innehabung bestehen muß. Ausdrücklich weist die folgende Stelle des Schwabenspiegels daraufhin, daß selbst der bloße Zinsbezug — mag dies Natural- oder Geldzins sein — dem Berechtigten die Gewere gibt:

> so setze hier im einen zins daruz, damit hat er die gewer.

Die Gewere am liegenden Gut ist also beherrscht von einem wirtschaftlichen Kennzeichen, der Nutzung. Sie hat somit einen über die römische possessio hinausgehenden Umfang genommen. Gerade in diesem Tatbestand liegt der maßgebende Unterschied zu dem Besitzbegriff des römischen Rechts, der das körperliche Näheverhältnis in Verbindung mit dem Willen, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen, als Voraussetzung des Besitzes fordert.

Voraussetzung der Gewere ist jedoch nicht einmal die tatsächliche Nutzung des Grundstücks zu jeder Zeit. Die bloße Möglichkeit der Nutzung verschafft bereits die Gewere. Mag das Grundstück bebaut werden oder nicht, solange der Nutzungs-

---

[11]) Albrecht, Gewere, S. 1
[12]) ebenda, S. 3

berechtigte an der Bestellung von dritter Seite nicht gehindert wird, also ihm selbst die Nutzung möglich ist, hat er die Gewere. [13]) Demgemäß wird die Gewere bereits in dem Augenblick erworben, in dem Ansprüche auf Nutzung der Sache von dritter Seite nicht mehr geltend gemacht werden. Verzichtet der bisherige Eigentümer auf die Nutzung, so tritt damit der Käufer des Gutes ohne weiteres in die Gewere ein, denn ihm ist jetzt die Möglichkeit der Nutzung gegeben.

Die Entwicklung der Grundstücksverhältnisse im deutschen Recht brachte auch eine Nutzung des Grundstücks anderer als des Eigentümers mit sich. Dieser Dritte erhielt so weitgehende Rechte am Gute, die es erforderlich machten, auch ihm die Gewere zu geben; ihm mußte neben dem Eigentümer die Berechtigung zufallen, die Sache gerichtlich zu vertreten, um sich vor eigenmächtiger Störung oder Entziehung seiner Nutzung schützen zu können. Diese wirtschaftliche Notwendigkeit zwang im Gegensatz zum Begriff des Besitzes im römischen Recht, das eine Beschränkung der Freiheit des Eigentümers nicht zuließ, auch demjenigen die Gewere zuzusprechen, der einen animus domini nicht hatte. Auch derjenige, der das Eigentum eines Anderen ausdrücklich anerkannte, z. B. seinen Besitz von diesem ableitete, konnte Inhaber der Gewere sein. Die Nutzung, zum Mindesten deren Möglichkeit, ist das Kennzeichen der Gewere. Die Nutzung ist Gegenstand des Vertrages des Commodanten mit dem Commodatar oder des Pächters mit dem Eigentümer des Grundstücks. Ihnen wird demgemäß die Gewere zugeschrieben. Von Sachen, die die Frau während der Ehe unter ihren Verschluß hat, an der ihr aber sonst kein Recht zusteht, sagt man, sie sei in ihrer Gewere; mit Recht, denn sie hat die Möglichkeit der Nutzung. [14])

> zu der gerade gehören alle kleidung und geschnitten tuch, das die frauen pflegen zu tragen und in ihren gewеren zu haben.

Diese Stelle ist mit folgender Glosse versehen:

> ihr sollt wissen, alle die hantwerk, was die solches geräthes haben, das zu der täglichen nahrung gehöret, das gehöret alles zu dem erbe; hätte aber die frau von solchem, was in ihrer beschlossenen gewere, da niemand den schlüssel da zu trägt, den sie allein, das behält sie billig. [15])

[13]) Huber, Die Gewere, S. 33.
[14]) Albrecht, Die Gewere, S. 4.
[15]) Sächs. Weichbild § 23.

Aus dieser Stelle geht also hervor, daß Besitz, welcher lediglich auf dem tatsächlichen Innehaben beruht, den Voraussetzungen der Gewere genügt. Ein weiteres Erfordernis, etwa die Ausübung des Besitzes gleich einem Eigentümer ist nicht erforderlich.

Die Art und Weise des Erwerbs ist für die Gewere grundsätzlich ohne Bedeutung. Auch derjenige, der eine Sache auf unrechtmäßige Weise, etwa durch Diebstahl erlangt hat, hat die Gewere:

> man soll niemand aus seinen geweren weisen, und wäre er auch mit unrecht darein kommen.

Der Begriff der Gewere zwingt zu dem Ergebnis, daß eine mehrfache Gewere an dem gleichen Gute möglich ist. Hierunter fällt vornehmlich der Fall, daß der Eigentümer sein Gut einem anderen gegen Zinsleistung überläßt. Ohne Zweifel hat in diesem Fall derjenige, der das Gut zur Nutzung übernimmt, also z. B. der Pächter, die Gewere. Aber auch dem Eigentümer muß fernerhin die Gewere an dem Gut zugesprochen werden, die in dem fortlaufenden Zinsbezug zum Ausdruck kommt.

3. Das deutsche Recht verlangt, wie bereits oben ausgeführt wurde, einen auf die Ausübung des Eigentums gerichteten Willen nicht als Voraussetzung des Besitzes. Ein derartiges Erfordernis wäre mit dem Begriff der Gewere unvereinbar. Es bleibt jedoch die Frage zu prüfen, ob der Begriff der Gewere einen Willen überhaupt nicht mehr zur Voraussetzung hat oder ob zum Mindesten ein dem animus possidendi entsprechender Wille erforderlich ist.

Grundsätzlich wird der Nutzungsberechtigte, also der Inhaber der Gewere, einen auf diese Nutzung gerichteten Willen haben. Auch wird die Nutzung selbst regelmäßig Ausdruck einer dinglichen Berechtigung sein. Diese Feststellung zwingt Heusler, zum Begriff der Gewere einen Willen zu verlangen, der auf das Haben der Sache gemäß dem der Nutzung entsprechenden Rechte gerichtet ist.

> „Gewere ist der auf Nutzung des Guts beruhende und (dürfen wir hinzufügen) eben darum mit dem Willen, die Sache zu dem dieser Nutzung entsprechenden Rechte für sich haben, ausgeübte Besitz.“[16]

---

[16]) **Heusler, Gewere, S. 117 ff.**

Entsprechend dieser Definition kommt Heusler zu dem Ergebnis, daß derjenige zwar Detention aber keine Gewere hat, der keine Nutzung bezieht, „weil einem solchem jeglicher rechtliche animus rem sibi habendi abgeht.“ Als Beispiel wird der Verwalter des Gutes angeführt, der allen Ertrag dem Herrn abliefert und so, „indem er jeglicher Nutzung darbt, auch nicht den zum juristischen Besitz nötigen animus hat.“ [17])

Ausdrücklich fordert auch Huber neben der tatsächlichen Herrschaft über die Sache als weitere Voraussetzung der Gewere die Behauptung einer dieser Herrschaft entsprechenden, nach objektivem Recht gegebenen dinglichen Berechtigung an der Sache. [18])

Demgegenüber halten wir es nicht für richtig, eine derartige Willensäußerung als Begriffsmerkmal der Gewere aufzustellen.

Die Nutzung ist ein tatsächlicher, dem Leben entnommener Begriff. Aus den äußeren Umständen des einzelnen Falles kann regelmäßig die Feststellung getroffen werden, ob eine Nutzung bezw. deren Möglichkeit vorliegt oder nicht. Die gleichen Umstände lassen wohl auch regelmäßig auf einen der Nutzung entsprechenden Willen des Berechtigten schließen. Ja, es sind sogar Fälle denkbar, in denen erst durch die Erklärung des diesbezüglichen Willens, die Nutzung erkennbar wird. Diese Fälle aber geben keine Veranlassung, allgemein den Willen als Voraussetzung einer wirksamen Gewere aufzustellen. Vielmehr ist in diesen Fällen der Wille zu jenen allgemeinen Umständen zu zählen, aus denen erst auf die Nutzung geschlossen werden kann.

Keine der hier, aber auch nicht der bei Heusler und Huber angeführten Stellen erwähnt das Willenserfordernis. Stets wird allein die Nutzung als Kennzeichen der Gewere aufgestellt. In der Nutzung erschöpft sich der Begriff. Demgemäß ist die Forderung auch nur dieser Voraussetzung ausreichend. Die bloße Erwähnung der Nutzung in den Quellen läßt erkennen, daß die Rechtsordnung das Vorhandensein der Gewere nur von dem Vorliegen dieser, jedem Dritten erkennbaren wirtschaftlichen Voraussetzung abhängig macht. Dieser wirtschaftliche

---

[17]) Heusler, Gewere S. 118. Nieman ne mach sime herren gut mit der gewere untvören des ammechtman he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sin gewere bevolen hevet

Ssp. Lehnr. 62, § 1.

[18]) Huber, Die Gewere, S. 22.

Begriff zwingt auch in dem oben angeführten Falle Heusler zu dem gleichen Ergebnis. Demjenigen, der die gesamte Ernte usw. seinem Herrn abzugeben hat, wird der billig und gerechtdenkende Mensch niemals eine eigene Nutzung zusprechen.

Dieses Ergebnis stützten aber selbst die Ausführungen Hubers:

> „Seine Behauptung (der objektiv vorhandenen dinglichen Berechtigung) braucht allerdings zunächst mit Tatsachen nicht begründet zu werden. Es genügt, wenn der Inhaber behauptet, die Sache gehöre nach objektivem Recht zu seinem Herrschaftsgebiet. Nur wenn er von einem früheren Inhaber der Gewere oder aus anderer Begründung angegriffen wird, ist der Beklagte gegenwärtige Inhaber veranlaßt, seinen Titel darzutun, um glaubhaft zu machen, daß er befugt sei, die Existenz einer objektiv vorhandenen dinglichen Berechtigung zu behaupten.“[19])

Nach diesen Ausführungen Hubers braucht die Behauptung der dinglichen Berechtigung — das ist die Willensäußerung — zunächst nicht mit Tatsachen belegt zu werden. Das ist richtig, weil zunächst schon die objektive Sachlage für die Nutzung und demgemäß für die Gewere spricht. Diese äußere Sachlage ist das Entscheidende und nicht der dem Dritten unbekannte innere Wille desjenigen, den bereits die äußer Lage der Sache als Berechtigten kennzeichnet. Lediglich darin ist Huber zuzustimmen, daß der Wille erst von Bedeutung sein kann, wenn im Prozeß die Rechtmäßigkeit der Nutzung dargetan werden muß, um den Angriff des Dritten abwehren zu können, wenn der beklagte Inhaber der Gewere also veranlaßt ist, seinen Titel darzutun.

Wir halten also an dem oben festgestellten Ergebnis fest. Das Dasein der Gewere ergibt sich nicht aus dem, was möglicherweise aus ihr entspringt, und auch nicht aus dem, was vorhanden sein kann, sondern allein aus dem, was Voraussetzung der Gewere ist und sie erzeugt: die Nutzung.

Die Gewere in diesem einfachen bisher angegebenen Sinne, die sich als das aus der Nutzung erkannte Faktum der reellen Herrschaft darstellt, ist die „gemene oder hebbende gewere“, wie die folgende Stelle des Sachsenspiegels ergibt:

---

[19]) Huber, Die Gewere, S. 43.

eine hebbende were, dat is dat du de nut dar ut borest.

Daneben sind zahlreiche Arten der Gewere zu unterscheiden, die sich aus der verschiedenartigen Ausführung des Besitzes ergeben. So unterscheidet man z. B. eine Lehns-, Satzungs- oder Leibzuchtsgewere. Diese Formen der Gewere stellen sich als Ausübung des Eigentums oder des Lehnsrechts dar. Die Ausdrücke bezeichnen das vom Inhaber der Gewere z. B. im Prozeß in Anspruch genommende Recht, als dessen Ausdruck die Nutzung erscheint, bezw. aus dem der Inhaber der Gewere sein Recht zur Nutzung herleitet.

Das Recht der Gewere bezog sich in erster Linie auf unbewegliche Sachen und solche Gerechtigkeiten, die als unkörperliche, unbewegliche Sachen angesehen wurden.

Die Gewere an beweglichen Sachen ist an deren Inhabung geknüpft. Hier ist also lediglich das bloße Näheverhältnis von Bedeutung. Ein „in nut un gelde haben" der beweglichen Sache erfüllt grundsätzlich nur dann die Voraussetzung der Gewere, wenn die Nutzung mit der Innehabung zusammenfällt. Jedoch hat derjenige, der die Gewere an dem Gute hat, grundsätzlich auch die Gewere an der auf dem Gute befindlichen Fahrnis. Denn die Gewere über das Gut gibt dem Inhaber gleichzeitig auch die tatsächliche Herrschaft über die auf diesem befindlichen beweglichen Sachen, insbesondere insoweit, als diese dem wirtschaftlichen Zweck des Gutes zu dienen bestimmt sind. Andere Sachen dagegen, die z. B. die auf dem Gute beschäftigten Personen zu ihrem persönlichen Gebrauche inne haben, befinden sich nicht in der Gewere des Eigentümers des Gutes, an ihnen besteht eine gesonderte Nutzung.

b. Die weitere Entwicklung der Gewere und das Pr.A.L.R.

Mit dem Ausgang des Mittelalters ist der Begriff der Gewere dem deutschen Rechte fremd geworden. Dieser Rechtsbegriff mußte dem römischen Besitzrecht weichen, das zusammen mit anderen römischen Rechtsgedanken zum Zwecke einer Vereinheitlichung des deutschen Rechts in Deutschland aufgenommen wurde. Ungelehrtes natürliches Volksrecht mußte dem gelehrten fremden Rechte weichen.

Unter dem Einfluß des deutschen Rechts aber wurde der römische Begriff des Besitzes einer Umwandlung unterzogen. So wurde z. B. der Besitzbegriff im Anschluß allerdings auch

an das kanonische Recht auf weitere Fälle ausgedehnt, bei denen es am animus domini fehlte. Bereits frühzeitig wurde der Besitz des Vasallen und des Erbzinsmanns neben dem des Eigentümers anerkannt.

Erhalten blieb der Begriff der Gewere auch in zahlreichen Einzelgesetzgebungen des Stadt- und Landrechts. Erwähnt seien nur die kursächsischen Constitutionen aus dem Jahre 1572, die den Lehnsmann als Besitzer des Lehns behandelten. [20]) Besonders aber ist der Besitzbegriff des alten deutschen Rechts in das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 übernommen worden. Die Rechtsfolgen des Besitzes sind auf weitere Fälle der bloßen Innehabung ausgedehnt, ohne in jedem Fall die Aeußerung eines rechtsgeschäftlichen Willens zu fordern. Der tatsächlich vorgefundene Rechtsstand ist für maßgebend erklärt. So bestimmt § 1, Teil I Titel 7:

> Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt.

Zum Besitz genügt bereits die Aneignung der Sache „in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen". [21]) Also bereits der tatsächliche Zustand in Verbindung mit dem animus sibi habendi verschafft die Rechtsstellung des Besitzers.

Der Inhaber ist gleich dem Besitzer gegen Gewalt geschützt; er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren und das Recht der Selbsthilfe ist ihm gegeben. Auch hat bereits der Inhaber ein Rückforderungsrecht gegen jeden, der die Sache ohne allen Rechtsgrund in seinem Besitze hat. [22])

Die Stellung des Inhabers läßt den Grundgedanken des deutschen Besitzrechts erkennen. Jedes selbständige Machtverhältnis soll schon rechtlich geschützt sein.

c. Die Entwicklung des Besitzrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Römisches und deutsches Partikularrecht sind in wichtigen Punkten die Grundlage des neuen deutschen Besitzrechtes geworden. Den größten Verdienst an der Schaffung des Besitzrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches ist aber der deutschen

---

[20]) vgl. hierzu Heusler, Die Gewere, S. 451.
[21]) ALR. § 3, I, 7.
[22]) ebenda § 141, ff.

Wissenschaft zuzubilligen. Ein kurzer Ueberblick mag zunächst die Gedanken der Wissenschaft wiedergeben. Schon die folgenden Darstellungen der Lehren Iherings' und Baron's lassen hinreichend das Problem erkennen, das sich alle Arbeiten jener Zeit zum Ziel gesetzt hatten: ein einheitliches, auch dem Volke verständliches Besitzrecht zu schaffen.

Als Iherings Werk, der Besitzwille, erschien, war bereits der erste Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht. In ihm war, wie unten noch weiter ausgeführt werden soll, namentlich der Besitzbegriff des römischen Rechts wiedergegeben.

Ihering wendet sich mit Entschiedenheit gegen die Uebernahme des Begriffs der tatsächlichen Gewalt. Er hält eine Beibehaltung dieser „vagen Vorstellung" für unmöglich. Es heiße der sinnlichen Vorstellung offen Hohn sprechen, wenn ein Wald von vielen tausend Morgen durch das bloße Anhören der Erklärung des Verkäufers und das Ansehen des Saumes des Waldes in die tatsächliche Gewalt des Erwerbers gebracht werde. Ihering verlangt hingegen, den Begriff des Besitzes mit dessen wirtschaftlicher Bedeutung in Zusammenhang zu bringen. Nicht das äußere Verhältnis, sondern das wirtschaftliche Bestimmungsverhältnis soll für das Vorhandensein des Besitzes entscheidend sein.[23])

Ihering widerspricht insbesondere auch einer Betonung des Besitzwillens als maßgebenden Unterschied zwischen Detention und juristischem Besitz. Die Hervorhebung des Besitzwillens im ersten Entwurf bezeichnet er als einen gänzlich verunglückten Versuch, die Theorie vom animus domini aufrecht zu erhalten; bereits nach den Vorschlägen des Entwurfs sei der praktische Unterschied zwischen Besitz und Innehabung fort gefallen. Lediglich der Name sei es, der jetzt noch den Detentor vom Besitzer unterscheide.

Als besonders ungesund bezeichnet Ihering schließlich die Begriffsbestimmung des Willens des Inhabers beim abgeleiteten Besitz. Keineswegs entspreche es dem Willen des Pächters oder des Mieters, die tatsächliche Gewalt für den Eigentümer auszuüben; lediglich in ihrem eigenen Interesse werde von ihnen der Besitz ausgeübt. Denjenigen aber, der tatsächlich die Gewalt „für einen anderen ausübe" habe das Gesetz nicht erwähnt. Der Begriff der Detention als der un=

---

[23]) Ihering, der Besitzwille, S. 483

geschützten Innehabung sei auf alle Fälle einer vorübergehenden Benutzung auszudehnen; insbesondere aber gebe die Hausgewalt Veranlassung zur Beibehaltung jenes Detentionsbegriffs. Lediglich in dieser Beziehung kenne das Volk Besitz und Detention und zwar praktisch in Bezug auf die Rechtsfolgen, welche sich jeweils an diesen Zustand knüpfen.

Ihering kommt also zu dem Ergebnis, daß Besitz und Innehabung in dem bisherigen Sinne beizubehalten sind, daß aber als Besitz bereits grundsätzlich jedes gewollte Gewahrsamsverhältnis anzusehen ist. Besitz ist das rechtlich geschützte, Innehabung das dem Inhaber gegenüber rechtlich als schutzlos erklärte Verhältnis der Person zur Sache. [24])

Baron verwirft ebenfalls die Lehre Savignys. Er wirft der Scheidung in ursprünglichen und abgeleiteten Besitz Unklarheit und inneren Widerspruch vor. Im Wesentlichen verteidigt er die Lehre Iherings, die er einer eingehenden Prüfung unterzieht.

Baron begrüßt es, daß Iherings Lehre von der trostlosen Sachlage befreit, den Besitzwillen zum maßgebendem Unterschied zwischen Detention und juristischen Besitz zu machen und jedes gewollte Raumverhältnis zum juristischen Besitz macht, es sei denn, daß ein gesetzlich vorgesehener Ausnahmefall vorliegt. Insbesondere erkennt Baron die Lehre Iherings wegen ihrer Einfachheit gegenüber der Lehre Savignys an, die wegen der schwierigen Beweisbarkeit des animus domini prozessual unmöglich sei. Detentor und juristischer Besitzer sollen Anspruch auf possessorischen Schutz haben, denn beide haben einen Besitzwillen. Soll kein possessorischer Schutz gegeben sein, so müsse dies ausdrücklich im Gesetz festgelegt sein, da letzteres lediglich Ausnahmefälle seien, für deren Bildung praktische Gesichtspunkte maßgebend seien.

Im einzelnen schlägt Baron der künftigen Gesetzgebung zwei Grundgedanken vor:

1. in der Regel soll juristischer Besitz, insbesondere aber auch jede Detention possessorischen Schutz genießen;
2. aus praktischen Motiven soll gewissen Detentoren der possessorische Schutz versagt sein und zwar in den Fällen des häuslichen und momentanen Besitzverhältnisses.

[24]) Ihering a. a. O. S. 510.

III. Das Besitzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches folgt im Wesentlichen dem Besitzbegriff des römischen Rechts. Er schließt sich der Lehre Savignys an. § 797 des Entwurfs macht den Erwerb des Besitzes von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung), verbunden mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille), abhängig.

Verdienst des zweiten Entwurfs ist es, sich von dieser römisch-rechtlichen Grundlage, die bereits zur Zeit des gemeinen Rechts von wichtigen Ausnahmen durchbrochen wurde, getrennt zu haben. Den gesetzgebenden Organen war bewußt geworden, daß Deutschland einen schlechten Tausch gemacht hatte, als es „seine mittelalterliche Besitzlehre an die italienische Doktrin dahin gab.“ [25]) Man schuf ein Besitzrecht, nach welchem nicht nur der rechtskundige Richter zu entscheiden vermochte, sondern das dem Bewußtsein des Volkes entnommen und daher diesem verständlich war. „Die Auffassung des Volkes ist juristisch verwertet worden.“ [26]) Ohne sich ganz an eines der beiden Rechtssysteme anzuschließen, folgt das Gesetz wesentlich dem germanischen Rechtsgedanken, die die äußere Erscheinung zum Kennzeichen des Besitzes machten.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch, das im Wesentlichen den Vorschlägen des zweiten Entwurfs entspricht, enthält keine Begriffsbestimmung des Besitzes. Es gibt lediglich den Tatbestand des Erwerbs und des Verlustes an:

§ 854: Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

§ 856: Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.

Das Gesetz stellt also im Gegensatz zum römischen Rechte und dem diesem folgenden 1. Entwurf das Erfordernis eines bestimmten Willens, der auf den Erwerb der tatsächlichen Gewalt gerichtet ist, nicht mehr auf. Ausdrücklich wurde in der Kommission zur Lesung des 2. Entwurfs ein Antrag, den Erwerb des Besitzes einer Sache von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt und dem Willen des Erwerbers, die Sache in

[25]) Heusler, Die Gewere, S. 444.

[26]) Colberg, Besitzbegriff nach dem BGB, S. 3.

seiner Gewalt zu haben, abhängig zu machen, abgelehnt; es empfehle sich nicht, das Vorhandensein eines auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens im Gesetz als Erfordernis des Besitzerwerbs aufzustellen.[27]) Auch in den Motiven wird festgestellt, daß zur Inhabung eine Willenskundgebung von rechtlicher Bedeutung nicht erforderlich sei.[28])

Der Wortlaut des Gesetzes, zusammen mit den Ausführungen in den Motiven und Protokollen könnten zu dem Schluß Veranlassung geben, daß das BGB. einen Willen zum Erwerb und zur Aufgabe des Besitzes nicht verlangt, sondern, daß allein das Faktum — das corpus des römischen Rechts — den Tatbestand erfüllt, von dem der Gesetzgeber den Schutz des Besitzes abhängig machen wollte.

2. In der Tat knüpft an diesen Punkt lebhafter Streit in Wissenschaft und Rechtssprechung. Ein Teil der Wissenschaft steht auf dem Standpunkt, daß unter der Herrschaft des BGB. ein bestimmter Besitzwille nicht mehr Voraussetzung des vom Gesetz geschützten Besitzstandes ist. Allerdings wird aber eine Willenskundgebung des Inhabers der Sache in zahlreichen Fällen nicht für unbeachtlich gehalten. Demgegenüber bekennt sich eine weitere Richtung auch jetzt noch zu dem Grundsatz des römischen Rechts: ignoranti non acquiritur possessio.

Nur einige Ansichten sollen im Folgenden wiedergegeben werden. Alsdann soll unter Berücksichtigung dieser Ausführungen auf Grund der geschichtlichen Entwicklung und unter Beachtung einer billigen Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes der Begriff des Besitzes festgestellt werden.

Bartels[29]) stellt fest, daß die Fassung des § 854 der Auffassung des deutschen Rechts entspricht. Die neue Besitzlehre schließe sich der natürlichen Anschauung des Volkes an und vermeide verwickelte Konstruktionen. Jetzt komme es nur noch auf das corpus an. Der Wille, die tatsächliche Gewalt über eine Sache zu erlangen, sei freilich regelmäßig noch vorhanden, doch keineswegs rechtlich notwendiges Erfordernis.

Nach Stemann[30]) hat der Besitzwille nur untergeordnete Bedeutung. Durch bloße Erlangung der tatsächlichen Gewalt werde ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Sachlage Besitz dann erworben, wenn angenommen werden könne, daß bei

---

27) Kom. Prot. III. S. 27.
28) Motive, Bd. 3, S. 85
29) Bartels, Besitzlehre des BGB, a. a. O., S. 645
30) Stemann, Voraussetzungen des Besitzerwerbs, Diss. 1903

Kenntnis der Sachlage ein vernünftiger Mann den Besitzwillen haben werde.

Strohal[31]) erklärt den Besitzwillen auch nach dem B. G. B. „nicht für ganz bedeutungslos", denn in zahlreichen Fällen werde die Entscheidung der Frage, ob tatsächliche Gewalt vorhanden sei oder nicht, von dem Vorhandensein eines auf die Erlangung derselben gerichteten Willens und von dem Maße der Betätigung dieses Willens abhängig sein. Doch hält Strohal dann, wenn die Gewalt von solcher Tatsächlichkeit ist, daß es nur eines Aktes des Erwerbenden bedarf, um den Besitz nicht mehr haben zu wollen, auch einen Besitz ohne Wissen und Wollen für möglich.

Leonhard[32]) hält es für möglich, ohne Wissen und Wollen Besitz zu erwerben. Insofern ist der Wille nach seiner Lehre aber doch erheblich, als er zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt notwendig sein kann.

Colberg[33]) fordert einen Willen, der sich auf die Verfügung im eigenen Interesse bezieht und selbständiges und gesondert zu beweisendes Tatbestandserfordernis des Besitzes ist. Dieser Wille sei in jedem Fall erforderlich; er könne jedoch der Herstellung des räumlichen Verhältnisses vorhergehen oder nachfolgen. Der vorhergehende Besitzwille könne auch allgemeiner Art sein und sich in vorher getroffenen Veranstaltungen betätigen.

Eck[34]) kommt zu dem Ergebnis, daß ein Wille, welcher dem äußeren Herrschaftsverhältnis entsprechen muß, zum Besitze stets erforderlich sei.

Auch Wendt[35]) hält zum Besitzerwerbe neben dem räumlichen Verhältnis zur Sache ein Wissen und Wollen für unentbehrlich. Im Hinblick auf den § 855 BGB. kommt er zu dem Ergebnis, daß ein bestimmter Besitzwille gefordert werden müsse, der dem animus rem sibi habendi des römischen Rechts entspricht.

Gierke[36]) begründet das Erfordernis des Besitzwillens aus dem Wortlaut des § 854: eine tatsächliche Gewalt könne man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln erlan-

[31]) Strohal, Sachbesitz nach dem BGB, S. 66.
[32]) Leonhard, Fahrniserwerb, S. 69.
[33]) Colberg, Besitzbegriff nach dem BGB. S. 45.
[34]) Eck, Vorträge über das Recht des BGB, Bd. 2. S. 3. ff.
[35]) Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 95
[36]) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 2.

gen. Auch Endemann[37]) schließt aus dem Wort „erlangen" auf die Notwendigkeit einer Willensbetätigung.

Ebbecke[38]) hält es nicht für erforderlich, daß der Besitzwille in jedem Fall zum Ausdruck gelangt. Jedoch unterstelle das Gesetz jedem schutzbedürftigem äußeren Machtverhältnis über eine Sache einen dementsprechenden Besitzwillen als etwas Selbstverständliches.

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts bedeutet die unbewußte Inhabung einer Sache noch keinen Besitz. Ein tatsächliches Gewaltverhältnis hält die Rechtsprechung ohne einen entsprechenden Beherrschungswillen, der sich darauf bezieht, auf die Sache nach Belieben einwirken und über sie tatsächlich verfügen zu können, nicht für denkbar. Das Reichsgericht vertritt demgemäß den Standpunkt, daß ein Besitzerwerb wider den Willen des Erwerbers nicht möglich ist.

3. Im Folgenden sollen zunächst einige oft wiederkehrende Begründungen für die Notwendigkeit des Besitzwillens dargelegt und einer Prüfung unterzogen werden. Wir werden zu dem Ergebnis kommen, daß weder das Wort „Erlangen" noch die Bestimmungen der §§ 855, 867 BGB., insbesondere aber auch nicht die Motive und Protokolle zum Nachweis des Willenserfordernisses geeignet sind.

Wir nannten Gierke und Endemann, die aus dem Wort „erlangen" auf die Notwendigkeit eines Besitzwillens beim Besitzerwerb schließen. Ihrer Begründung ist nicht zuzustimmen. Dem Wort „erlangen" kann ein verschiedener Sinn beigelegt werden. Die Kundgebung eines Willens ist keineswegs stets dessen begriffsmäßige Voraussetzung. Das Bürgerliche Gesetzbuch braucht in verschiedenen Bestimmungen das Wort „erlangen", ohne hiermit die Betätigung eines bestimmten Willens in Verbindung zu bringen. So erlangt z. B. das uneheliche Kind durch die nachfolgende Heirat des Vaters mit der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Aehnlich ist das Wort im § 1736 BGB. gebraucht. Unser Ergebnis stützen auch die Motive, wonach die tatsächliche Gewalt weder bei ihrem Beginn noch bei ihrer Fortsetzung eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache verlangt.[39])

Es ist auch nicht angängig, aus der Bestimmung des § 867 BGB. das Erfordernis eines Besitzwillens abzuleiten.[40]) Ge-

---

[37]) Endemann, Bürgerliches Recht, S. 175.
[38]) Ebbecke Besitzstand, a. a. O. S. 261 ff.
[39]) Motive, Bd. III., S. 93.
[40]) vgl. Wolff, Der Begriff des Besitzes, S. 19.

mäß § 867 BGB. hat für den Fall, daß eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt ist, der Besitzer des Grundstücks dem Besitzer der Sache Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, sofern er nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen hat. Zwar ist in diesem Fall die Sache durch das bloße Gelangen auf das Grundstück nicht in den Besitz des Inhabers des Grundstücks gekommen; trotz Vorhandensein des tatsächlichen Zustandes ist kein Besitz gegeben. Keinesfalls kann diese Bestimmung aber zum Nachweise des Willenserfordernisses dienen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Willen in diesem Tatbestand eine entscheidende Bedeutung beigelegt ist.[41]) Woran soll der Dritte erkennen, ob der Besitzer den über die Grenze gefallenen Gegenstand in Besitz genommen hat? Keinesfalls doch an dem etwaigen Vorhandensein eines inneren Willens des Besitzers des Grundstücks, der auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichtet ist. Entscheidend kann auch hier nur der äußere Tatbestand sein.

Die Notwendigkeit eines bestimmten Willens zum Erwerb des Besitzes ergibt sich auch nicht etwa aus § 855 BGB. Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist auf Grund dieser Bestimmung nur der andere Besitzer. Wendt kommt auf Grund dieser Bestimmung zu dem Ergebnis, daß nach dem BGB. zum Besitzerwerb nicht nur ein Wille schlechthin, sondern sogar der animus rem sibi habendi des römischen Rechts erforderlich sei. Er führt aus:[42])

> Auch künftig wird es Fälle bloßer Detention und einer naturalis tantum possessio geben, unter Wiederholung des römischen Satzes: possidet, cuius nomine possidetur, und es wird noch ein bestimmter Wille gefordert werden müssen, der im großen und ganzen auch als animus rem sibi habendi zu beschreiben ist, im Gegensatz zu jener detentio nomine alieno.

Auch Manigk[43]) schließt aus § 855, daß das räumliche Verhältnis allein zur Schaffung einer nach § 854 BGB. besitzerzeugenden Gewaltverhältnisses nicht genügt.

---

[41]) Mit gleicher Berechtigung ließe sich aus § 911 BGB auf die Ablehnung des Besitzwillens schließen.

[42]) Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB in Arch.f.Civ.Pr.Bd.87,S.42

[43]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäfte, S. 655.

Wir halten es jedoch nicht für richtig, aus dieser Bestimmung das Willenserfordernis zu entnehmen:

§ 855 behandelt lediglich die Fälle der unselbständigen Inhabung. Nicht der Wille ist maßgebend dafür, ob Besitz oder unselbständige Inhabung vorliegt, sondern lediglich das Rechtsverhältnis zwischen Besitzer und Besitzdiener, das dieses Abhängigkeitsverhältnis zum Inhalt hat. Den Vorschlägen Iherings und Barons entsprechend ist der Tatbestand des § 855 als Sonderbestimmung in das Gesetz aufgenommen, um jene Fälle der abhängigen Inhabung von dem Besitz im eigentlichen Sinne auszuschließen.

Schließlich darf aber auch nicht etwa aus den Ausführungen in den Protokollen oder Motiven, die zum Teil bereits oben wiedergegeben wurden, auf die Beachtlichkeit oder auch die Unbeachtlichkeit des Willens geschlossen werden. Der Wille und die Beweggründe der geistigen Verfasser des Gesetzes können für dessen Auslegung nicht entscheidend sein; denn gemäß dem parlamentarischen System sind nicht die betreffenden Kommissionsmitglieder als geistige Verfasser die Gesetzgeber, auf deren Willen es allein ankommen könnte, sondern die Abgeordneten, die vielleicht aus ganz verschiedenen Gründen für das Gesetz stimmten, und sich über dessen konkreten Inhalt entweder garnichts oder Falsches, jedenfalls aber sehr verschiedenes dachten. Der Wille der Verfasser kann also allein nicht maßgebend sein und übrigens auch nicht der Wille der „Gesetzgeber".[44])

4. Zur Klarlegung des Begriffes muß das Gesetz selbst ausgelegt werden und zwar nicht so sehr nach dem Wortsinn, sondern nach der Geschichte, Zusammenhang des Rechts und nach der Billigkeit.[45])

Lediglich zur Ergänzung oder Bestätigung des auf Grund dieser Prüfung festgestellten Ergebnisses mögen die Motive und Protokolle geeignet sein.

Der Begriff des corpus ist im römischen Recht fest umgrenzt. Er umfaßt lediglich die äußere — tatsächliche — Seite des Verhältnisses der Person zur Sache, welches der Person die Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gab.[46]) Daneben war zum juristischen Besitz der animus

44) Leonhard, Rektoratsrede; Auslegung und Anwendungsnormen.
45) Leonhard, Schuldrecht des BGB, I. S. 71.
46) Windscheid, Pandekten Bd. I., § 153.

domini erforderlich. Das alte deutsche Recht sieht in der Gewere die tatsächliche Herrschaft über die Sache, die bereits mit der Möglichkeit der ungehinderten Nutzung gegeben war. Das Allgemeine Landrecht verlangt zum Besitz lediglich noch den Willen der Person, die Sache für sich — im eigenen Interesse — zu haben und gibt auch bereits dem Inhaber des Gewahrsams gerichtlichen Schutz. Gegenüber dem römischen Recht zeigt also das deutsche Recht eine weitere Ausdehnung des Besitzschutzes unter Lockerung des Willenserfordernisses.

Das Bürgerliche Gesetzbuch wollte kein neues Besitzrecht schaffen, sondern das vom Volke entwickelte und deshalb ihm verständliche Besitzrecht wiedergeben. Mit diesem Volksempfinden verträgt sich grundsätzlich die Verbindung des Besitzbegriffs mit einem auf den Besitz gerichteten Willen insofern, als der Zweck des Besitzrechts regelmäßig nur der Schutz eines gewollten tatsächlichen Zustandes ist. Es widerspricht oft der Billigkeit, einen Menschen der erfolgreichen Klage des Eigentümers auszusetzen, ohne daß jener überhaupt Kenntnis von dem Besitz der Sache hatte oder den Besitz nicht haben wollte. Damit ist aber noch nicht bewiesen, daß es nicht auch andere Fälle gibt, wo es eines solchen Willens nicht bedarf.

Das Gesetz hat den Willen als besonderes Tatbestandsmerkmal des Besitzbegriffs nicht aufgestellt. Dieses Ergebnis rechtfertigt die Entstehungsgeschichte sowie den Wortlaut der §§ 854, 856. Ausdrücklich ist im Gegensatz zu dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des 1. Entwurfs „der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige haben zu wollen", nicht zur Voraussetzung erhoben. Der Grund aber, der den Gesetzgeber von der ausdrücklichen Forderung des Besitzwillens zurückgehalten hat, ist in der Entwicklung des Besitzbegriffs im deutschen Recht festzustellen, welches, wie bereits dargelegt wurde, den Rechtsschutz grundsätzlich nicht von dem Willen des Besitzers, sondern allein der äußeren Sachlage abhängig machte. Mißlich ist es, den inneren, kaum zu beweisenden Willen des Mieters, Pächters oder des Verwahrers festzustellen. Bedenklich ist es, an eine derartige innere Voraussetzung den Schutz eines äußeren Verhältnisses zu knüpfen. Der Gesetzgeber hat der Wissenschaft und Praxis die Entwicklung der Frage, in welchen Fällen ein Wille zum Tatbestand des Besitzes gefordert werden muß, überlassen. Bei der Prüfung der Frage ist nach den Protokollen zu berücksichtigen, daß

„in zahlreichen Fällen die Aufstellung eines besonderen

Besitzwillens als besonderes Erfordernis entbehrlich ist, in denen nach Lage der Sache die tatsächliche Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht hergestellt werden kann, bedenklich dagegen für die Fälle, in denen der Erwerbswille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen muß, nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen zu konstruieren ist.[47])"

Um die Bedeutung des Besitzwillens kennen zu lernen, muß zunächst auf den Begriff der tatsächlichen Gewalt eingegangen werden. Dieser Begriff ist vom Gesetz nicht näher erläutert. Als maßgebendes Kriterium stellen die Protokolle die Möglichkeit des Besitzers auf, Dritte von seinem Machtbereich auszuschließen. Eine derartige Auslegung mag sich wohl mit der ursprünglichen Bedeutung des Begriffs der tatsächlichen Gewalt decken. Keinesfalls aber ist diese Begriffsbestimmung geeignet, den Besitzbegriff des BGB. zu erläutern. Den Pflug, der auf dem Felde steht, den gekauften Holzstoß, der im Walde lagert, vermag den Besitzer, der vielleicht von diesen Orten weit entfernt ist, nicht mit Gewalt zu schützen. Zwar ist das Wort „Gewalt" bestimmt, das Verhältnis des Besitzenden zur Sache zu bezeichnen. Doch nur in wenigen Fällen kann diese Gewalt ein sinnlich wahrnehmbares Machtverhältnis sein, in dem die physische Gewalt des Besitzers zum Ausdruck kommt. Gegen eine derartige Folgerung spricht die geschichtliche Entwicklung des Besitzbegriffs im deutschen Recht. Man muß vielmehr von einem „idealisierten" Gewaltbegriffe sprechen.[48])

Der Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches ist dem Leben entnommen. „Jene Gewalt, von der das Recht spricht, ist keine andere, als die in den öffentlichen Zuständen begründete. Sie ist die auf den Lebenssitten und der Moral beruhende, im letzten Grunde von der Rechtsordnung getragene Gesamtlage, in der sich der Besitzende befindet."[49]) Der Besitz ist ein elementarer, unmittelbar aus dem Tatbestand des menschlichen Zusammenlebens geschöpfter, also ein gesellschaftlicher Urbegriff. Die öffentliche Ordnung mit ihren jeweiligen Hilfsmitteln, sei es Gericht oder Polizei, unterstützt den Besitzer, das Gewaltverhältnis auszuüben. Die Anschauungen des Ver-

[47]) **Protokolle, Bd. III., S. 30.**
[48]) Staudinger, Kommentar zum BGB, § 854, I, 1.
[49]) **Planck, Kommentar zum BGB, vor § 854.**

kehrs und des Lebens sind also bei der Feststellung des Vorhandenseins der tatsächlichen Gewalt maßgebend zu berücksichtigen. Doch darf im Anschluß an diese Ausführungen der Besitz nicht etwa als das Verhältnis der Sache zur Person aufgefaßt werden, welches dieser mit Unterstützung der Mittel des Staates die Möglichkeit gibt, fremde Einwirkung fern zu halten. Auch dies mag wohl ein Ausfluß der Rechtsstellung des Besitzers sein. Keinesfalls erschöpft sich in dieser Möglichkeit jedoch der Begriff des Besitzes.

Die tatsächliche Gewalt ist ein wirtschaftliches Machtverhältnis. In dieser Feststellung finden wir die Uebereinstimmung des Besitzrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit der Gewere des deutschen Mittelalters. Das wirtschaftliche Moment, nämlich die Möglichkeit der Nutzung der Sache erfüllt den Tatbestand der Gewere. Entsprechend äußert sich das im Bürgerlichen Gesetzbuch geforderte Machtverhältnis in dem Bebauen des Ackers, in der Ernte der Früchte, in dem Genuß der Wohnung oder bei beweglichen Sachen in deren Gebrauch.

Das Gesetz macht den Besitzerwerb von dem Erlangen der tatsächlichen Gewalt abhängig. Das Wort „tatsächlich" deutet daraufhin, daß diese Gewalt, die sich in der Nutzung äußert, nicht nur der Vorstellung nach bestehen darf. Sie muß verwirklicht sein; jedoch nicht etwa im Sinne einer jederzeit vorhandenen Verwirklichung, das entspräche nicht der Verkehrsauffassung. Unmöglich kann von dem Bauer eine ständige Gegenwart auf seinem Acker verlangt werden, um des von der Rechtsordnung gewährten Besitzschutzes nicht verlustig gehen zu müssen. Die Herrschaft über das Grundstück kommt bereits dann hinreichend zum Ausdruck, wenn auf Grund des äußeren Tatbestandes die bloße Möglichkeit offenbar ist, daß der Acker jederzeit ungehindert bebaut werden kann. Es genügt demgemäß, wenn in jedem Augenblick die Gelegenheit zum Gebrauche der Sache entsprechend dem Interesse des Besitzers gegeben erscheint; „sie muß zur Verwendung bereit erscheinen." [50])

In den Fällen, in denen die tatsächliche Gewalt über eine Sache besteht, ist nach der Erfahrung des täglichen Lebens regelmäßig auch ein Wille vorhanden, von dem das tatsächliche Verhältnis getragen wird. Ueber die Kleider, die wir tragen, über die Sachen, die sich in unserer Wohnung befinden, haben wir die tatsächliche Gewalt und wir wollen sie auch haben.

---

[50]) **Leonhard, Lehrb. t. k. S., S. 115.**

Auch bin ich Besitzer der auf meinem Lagerplatz liegenden Bretter oder der auf dem Felde stehenden Garben. In diesen und ähnlichen Fällen ist ein Wille, der sich auf die Ausübung der tatsächlichen Gewalt bezieht, vorhanden und ohne den Willen, die Kleider oder die Bretter haben zu wollen, hätte ich sie vielleicht kaum in meinen Besitz bekommen. Keineswegs aber zwingen diese Beispiele zu dem Ergebnis, daß ein Wille Begriffserfordernis des Besitzes sein muß, denn der Besitzstand selbst ist von diesem Willen unabhängig.

Zweck des Besitzrechts ist die Wahrung des Rechtsfriedens durch Aufrechterhaltung der tatsächlichen Ordnung des Verhältnisses der Person zur Sache.[51]) Soll aber ein tatsächlicher Zustand geordnet werden, dann kann auch nur ein äußerlich wahrnehmbarer Tatbestand das Verhältnis der Person zur Sache, also den Besitz ausmachen. Maßgebend ist nicht die vielleicht sogar stillschweigende Erklärung des Besitzwillens, — eines inneren Tatbestandes — sondern allein die äußere wirtschaftliche Lage ist für den Besitz maßgebend. Der Dritte achtet dieses durch die tatsächliche Gewalt gegebene wirtschaftliche Herrschaftsverhältnis und nicht den ihm völlig unbekannten Willen des Inhabers. Er schließt auf das Besitzverhältnis allein aus dem äußeren Zustand, der sich ihm auf Grund seiner wirtschaftlichen Erfahrung als das tatsächliche Verhältnis der Sache zu einer bestimmten Person offenbart. Ihm folgt die Rechtsordnung: sie macht den Rechtsschutz nicht von dem inneren Willen des Inhabers abhängig, sondern allein von dem jedem Dritten offensichtlichen Tatbestand, der auf Grund der Regeln des Lebens auf das wirtschaftliche Herrschaftsverhältnis eines Dritten — des Besitzers — schließen läßt.

Wir stellen also fest: in zahlreichen Fällen mag ein „Besitzwille" vorhanden sein. Notwendiges Erfordernis des Besitzbegriffs ist er aber nicht, da sich regelmäßig aus dem äußeren Tatbestand bereits das tatsächliche Verhältnis der Sache zur Person ergibt.

Die Motive überlassen die Frage, in welchen Fällen ein Besitzverhältnis vorliegt oder nicht, dem richterlichen Ermessen. Für die Entscheidung des Richters wird nach unserem Ergebnis stets die Möglichkeit der Verwendung der Sache in jedem Augenblick maßgebend sein, nicht aber der Wille des Inhabers. Das Geldstück, das auf einem freien Felde liegt, befindet sich

---

[51]) **Protokolle, Bd. III. S. 31.**

nicht im Besitz des Eigentümers oder Pächters des Grundstücks. Der Unterschied zu dem Pflug, der auf dem gleichen Felde steht und den jeder vernünftig denkende Mensch als Besitz des Inhabers des Grundstücks ansehen wird, ist nicht in dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Besitzwillens zu suchen. Die abweichende Entscheidung hat vielmehr ihren Grund in den allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen, der Verkehrsanschauung, die eine Möglichkeit der Verwendung bei dem auf dem Felde stehenden Pflug annimmt, der jederzeitige Gebrauch des auf dem Acker liegenden Geldstücks aber nicht für möglich hält. Diese Verkehrsanschauung ist es, die in jedem einzelnen Fall den Dritten und demgemäß auch dem Richter zu der Entscheidung führt, ob eine Sache zur Verwendung bereit erscheint oder nicht.

Die Notwendigkeit dieses „Bereiterscheinens der Sache zum Gebrauch", nicht aber der Besitzwille führt auch in der folgenden Entscheidung des Reichsgerichts [52]) zu der auch von diesem festgestellten Notwendigkeit einer weiteren Aufklärung der tatsächlichen Verhältnisse:

In diesem Fall war die Klägerin mit dem auswärts wohnenden Sohn des Beklagten verlobt. Ihre Bettwäsche und auch andere Sachen hatte sie bereits in ein Zimmer des Beklagten, wo sie zeitweise wohnte, gebracht. Nach Auflösung der Verlobung verlangte sie nunmehr von dem Beklagten als dem vermeintlichen Besitzer der Sachen Herausgabe. Das Reichsgericht hat die dem Klageantrag entsprechenden Urteile der Vorinstanzen aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung der tatsächlichen Vorgänge an die Vorinstanz zurückgewiesen, und zwar mit der Begründung, daß in Fällen der vorbezeichneten Art, wo nichts weiter vorliege, als daß eine Sache in die Wohnungsräume des Wohnungsinhabers gebracht worden sei, mangels jeglichen Beherrscherwillens von einem Besitze des Wohnungsinhabers an den niedergelegten Sachen nicht die Rede sein könne.

Nicht der Beherrschungswille ist es, der für die Entscheidung dieses Falles von Bedeutung ist. Allein maßgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse. Die weitere Aufklärung ist insbesondere dahin auszudehnen, in wieweit dem Beklagten noch ein Verfügungsrecht über das Zimmer zustand, ob tatsächlich ein Herrschaftsverhältnis und somit die Möglichkeit der Nutzung der in das Zimmer eingebrachten Sachen bestand.

[52]) RG. Z. Bd. 106, S. 135.

Wir haben den Besitz, d. i. das tatsächliche Gewaltverhältnis einer Person zur Sache geprüft, und sind zu dem Ergebnis gekommen, daß ein Besitzwille vom Gesetz nicht gefordert wird. Da der äußere tatsächliche Bestand die Voraussetzung des Besitzes erschöpft, kann der Besitz auch gegen den Willen einer Person und ohne ihr Wissen erworben werden. Das tatsächliche Gewaltverhältnis kann von dritter Seite hergestellt werden, und wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, ist der Besitz gegeben.

Das Vorhandensein des Besitzes ist demgemäß z. B. in den Fällen zu bejahen, in denen einer Person heimlich Sachen zugesteckt werden. Die Wissenschaft greift hier zum Teil zu verwickelten Konstruktionen und Fiktionen. Man denke an den viel erörterten Fall, daß ein Gegenstand ohne Wissen einer Person in deren Manteltasche gesteckt wird. Um dem angeblichen Willenserfordernis gerecht zu werden, wird hier ein Wille, allgemein alle Sachen, die in den Mantel gesteckt werden, haben zu wollen, untergeschoben. Diese willkürlichen Konstruktionen sind jedoch unter Berücksichtigung des von uns festgestellten Begriff des Besitzes überflüssig, sogar unrichtig. Das Gleiche gilt für den in der Literatur regelmäßig behandelten Fall, daß Sachen unbestellt in mein Haus gebracht werden. An ihnen wird Besitz erworben, denn, mögen sie von mir bestellt sein oder nicht, so lange sie in meiner Wohnung sind, besteht das vom Gesetz allein geforderte Herrschaftsverhältnis, das sich in der jederzeitigen Möglichkeit der Nutzung der Sache äußert. Ebenso ist es mit dem Buch, welches der Buchbinder wider mein Wissen in das Regal einstellt, mit den Briefen, die der Briefträger in den dafür angebrachten Kasten wirft oder mit den Baumaterialien, die der Unternehmer auf meinen Bauplatz bringen läßt. Die Verkehrsanschauung achtet die tatsächliche Gewalt, die durch Anbringen des Regals oder des Briefkastens oder die Bestimmung des Bauplatzes zur Lagerung von Baumaterialien ein für alle Mal zum Ausdruck gebracht worden ist.

Als weiteres Beispiel sei die folgende Entscheidung des Reichsgerichts angeführt:

> „Demjenigen, der ohne Verschulden in den Besitz von Sprengstoffen gekommen ist, muß eine angemessene Frist zugebilligt werden, innerhalb deren er sich entweder des Besitzes entledigen oder die polizeiliche Genehmigung erwirken muß. Es würde ersichtlich der

Natur der Dinge und dem erkennbaren Rechtsbedürfnis widerstreiten, eine Strafbarkeit dann anzunehmen, wenn der Betreffende nicht erfährt, daß er Sprengstoffe besitzt. Dem unverschuldet in Besitz von Sprengstoffen geratenen Inhaber ist vielmehr nach billigem Ermessen eine mäßige Frist zu gestalten, innerhalb deren er den gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen hat, ehe ihm die schuldhafte Fortsetzung des Besitzes zur Last fällt." [53])

Die strafrechtliche Seite hat für unsere Ausführungen keine Bedeutung. Diese Entscheidung hängt allein von der Prüfung der Schuldfrage ab. Von Wichtigkeit ist vielmehr, daß in dieser Entscheidung Besitz ohne Wissen und Wollen angenommen ist, eine Feststellung, die mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes zweifellos übereinstimmt. Der Grund, der zu dieser Entscheidung zwingt und der auch in den oben angeführten Fällen maßgebend ist, ist in dem Sinn und Zweck der Wohnung zu finden. Alles, was in diese eingebracht wird, gewollt oder ungewollt, bewußt oder unbewußt, erscheint zum Gebrauche des Inhabers der Wohnung bereit; die Wohnung verschafft den Besitz an den in ihr niedergelegten Sachen. Für alle diese Fälle ist aber auch maßgebend, daß die Tatsache des heimlichen oder zum Mindesten ungewollten Zusteckens leichter bewiesen werden kann, als der innere Wille, die Sache nicht haben zu wollen. Gerade dieser praktische Zweck ist es auch, der die Rechtsordnung veranlaßt, das Willenserfordernis auszuschließen.

Auf diese Fälle bezieht sich auch Strohal, wenn er ausführt: [54])

Die Wichtigkeit des vom BGB. anerkannten Satzes, daß Besitz auch ohne Wissen und Wollen des Erwerbenden erlangt werden kann, erweist sich auch in zahlreichen Fällen, wo es auf Seite des Erwerbenden am Besitzwillen und an einer Betätigung dieses Willens fehlt. Denn die oft sehr schwierige Führung des Beweises über diese beiden Momente wird offenbar überall dort entbehrlich, wo schon die äußere Lage der Sache sichere Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines zu Gunsten einer be-

[53]) RG. Str. Bd. 26.

[54]) Strohal, Sachbesitz nach dem BGB. a. a. O. S. 73.

stimmten Person bestehenden Besitzverhältnisses gibt."

Wir haben bisher lediglich solche Fälle angeführt und einer Prüfung unterzogen, in denen die äußere Lage der Sache den Besitz offensichtlich machte.

Doch sind nicht alle Fälle so gestaltet, daß dem Dritten ohne weiteres der Besitzstand erkennbar ist. Nur dann ist zunächst der Schluß auf die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwendung einer Sache berechtigt, wenn die Sache sich in einer, mit dem Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung übereinstimmenden Lage befindet und das Verhältnis der Sache zu einer bestimmten Person zum Ausdruck kommt.

Der Feststellung, wann eine Sache zur Verwendung bereit erscheint, ist — wie bereits ausgeführt wurde — die Regel des Lebens zu Grunde legen. Es ist jeweils eine Tatfrage, bei deren Prüfung jedoch zu beachten ist, daß es der Auffassung des Besitzbegriffs nicht widerspricht, den Besitz auch in solchen Fällen anzunehmen, in denen die Sache sich in einer ihrem wirtschaftlichen Zweck nicht entsprechenden Lage befindet. Auch dann, wenn sich ein Buch wohl innerhalb des Hauses, aber an einem nicht dazu bestimmten Orte wiederfindet, ist das Besitzverhältnis auf Grund der Bedeutung des Hauses gegeben. Stets erforderlich ist bei der Prüfung der Besitzfrage die Feststellung, daß das Herrschaftsverhältnis einer Person zur Sache gegeben ist; nur dann „erscheint eine Verwendung der Sache möglich", wenn dieses Verhältnis bejaht werden kann.

Wir kehren zu unseren obigen Ausführungen zurück. Aus der wirtschaftlichen Lage kann auf das Besitzverhältnis regelmäßig geschlossen werden, doch nur dann, wenn sich aus ihr gleichzeitig auch das Herrschaftsverhältnis ergibt. Wenn die äußere Sachlage zur Darstellung des Besitzes nicht ausreicht, dann erst ist der Wille des Besitzers von Bedeutung. Seiner Erklärung bedarf es nunmehr, um den Besitz offenbar zu machen.

Man vergegenwärtige sich die folgenden Fälle:

Auf dem Hofe eines Wohnhauses, das von vielen Parteien bewohnt wird, werden Kohlen abgeladen. Jeder Dritte wird sich in diesem Augenblick vergegenwärtigen können, daß die Kohlen bestellt sind, also bereits einen Besitzer haben. Denn es ist allgemein üblich, die Kohlen im Hofe abzuladen. Doch das Lagern der Kohlen auf dem im Mitbesitz aller Hausbewohner stehenden Hofe läßt noch nichts über den Besitz einer bestimmten Person erkennen. Das Besitzverhältnis tritt erst

zutage, wenn der aus dem Kaufvertrag Berechtigte ausdrücklich oder durch entsprechende Handlungen seinem Besitzwillen Ausdruck gibt.

Weiterhin sei der folgende Fall angeführt:

Zwei Personen gehen über einen Acker, auf dem auch ein Pflug steht und finden ein Buch. An dem Besitz des Pfluges besteht kein Zweifel; der Besitzer des Ackers hat ihn hierher gebracht, um ihn zu verwenden. Anders mit dem Buch: eine wirtschaftliche Beziehung des Buches etwa zum Besitzer des Ackers ist nicht erkennbar. Auch ein Schluß auf das Herrschaftsverhältnis ist nicht möglich. Ein Buch gehört nicht auf das Feld. Der Besitz des Besitzers des Ackers würde erst dann feststehen, wenn dieser — ausdrücklich oder durch gewisse Handlungen — seinen Besitzwillen zum Ausdruck bringt.

Der Besitzwille ist demgemäß lediglich insoweit von Bedeutung, als hinreichende äußere Anhaltspunkte für das Vorhandensein des Besitzes noch nicht gegeben sind. Solange der Besitzstand noch nicht offensichtlich ist, ist er nicht vorhanden; denn der Besitz ist das äußere tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache. Erst auf Grund einer Willensäußerung tritt in zahlreichen Fällen die Veränderung eines äußeren Tatbestandes ein, der alsdann die tatsächliche Beziehung einer Sache zu einer Person erkennen läßt. Der Wille ist insoweit geeignet, das Besitzverhältnis zu schaffen. Diesen Ausführungen entsprechend kann der Besitzwille auch fortdauernd von Bedeutung sein. Tritt eine Veränderung des äußeren Tatbestandes nicht ein, dann ist das Besitzverhältnis lediglich auf Grund einer ausdrücklichen, fortdauernden Erklärung des Besitzwillens, der gewissen Handlungen des Besitzers entnommen werden kann, erwiesen. —

Ausdrücklich soll in diesem Zusammenhang nochmals daraufhingewiesen werden, daß diese Fälle nicht dazu zwingen, den Willen als Begriffserfordernis des Besitzes aufzustellen. Bereits oben wurde festgestellt, daß Besitz auch ohne Wissen und Wollen des Inhabers vorhanden sein kann. Die hierzu angeführten Fälle waren der Praxis entnommen und gaben nicht etwa konstruierte Ausnahmeerscheinungen wieder.

Wir fassen unser Ergebnis zusammen:

Die tatsächliche Gewalt, die § 854 allein zum Besitz fordert, äußert sich in der Tatsache, daß eine Sache zur Ver-

wendung jemandes bereit erscheint. Der Besitzwille ist kein zweites Erfordernis neben dem Begriff der tatsächlichen Gewalt; er ist mit dieser aber auch nicht verbunden. Besitz ist ohne Wissen und Wollen denkbar, nämlich dann, wenn die Gewalt von solcher Tatsächlichkeit ist, daß ohne weiteres auf das Besitzverhältnis geschlossen werden kann. Lediglich zur Herstellung, u. U. auch zur Fortdauer des Gewaltverhältnisses kann der Wille von Bedeutung sein.

Nach der Feststellung dieses Begriffs des Besitzes soll kurz auf die Beendigung des Besitzverhältnisses eingegangen werden. § 856 macht den Verlust des Besitzes von der Beendigung der tatsächlichen Gewalt abhängig. Da die tatsächliche Gewalt sich in der Möglichkeit der Verwendung der Sache offenbarte, ist der Besitz dementsprechend auch nur solange vorhanden, als diese Möglichkeit als gegeben erscheint. Erscheint diese Möglichkeit als nicht mehr vorhanden, dann ist der Besitz beendet. Der Wille ist bei der Aufgabe des Besitzes von entsprechender Bedeutung wie bei dessen Begründung. Die Vernichtung des Besitzstandes kann auf äußeren Verhältnissen, aber auch auf dem Willen des bisherigen Besitzers beruhen.

5. Der Besitzwille ist der natürliche Wille.

Dieser Wille, der nicht Begriffserfordernis des Besitzes ist, sondern der lediglich geeignet ist, das Besitzverhältnis in gewissen Fällen zu gestalten, kann nicht dem Willen, den die Rechtsordnung etwa zur Eingehung von Verträgen verlangt, entsprechen. Diese Willensäußerung ist nicht die juristische Handlung, „die einen Erfolg mit Hilfe der Rechtsordnung bezweckt.“ Der natürliche Wille genügt zur Herstellung des Besitzverhältnisses.

Gemäß § 104 BGB ist geschäftsunfähig, wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat. Kinder also können sich grundsätzlich nicht durch Verträge verpflichten. Nach §§ 105, 106 BGB. ist ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Er bedarf zu einer Willenserklärung, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Es ist nicht die Absicht des Gesetzes, diese Personenkreise von den Rechtsfolgen des Besitzes auszuschließen. Eine der-

artige Maßnahme wäre mit dem Begriff des Besitzes als eines tatsächlichen Zustandes, insbesondere aber auch mit dessen Zweck unvereinbar.

Das Gesetz macht das rechtlich geschützte Besitzverhältnis nicht von einem Tatbestande abhängig, der einen Willen des Subjekts als wesentliches Merkmal aufweist. Das Gesetz stellt lediglich fest, ob das Gewaltverhältnis als gegeben erscheint. An dieses rein tatsächliche Verhältnis werden alsdann gewisse Rechtsfolgen geknüpft und zwar ebenfalls unabhängig von dem Willen des Gewalthabers. Bereits die äußere Lage vermittelt den Besitz mitsamt dessen Wirkungen. Ohne Hilfe der Rechtsordnung wird dieser Erfolg erreicht. Demgemäß ist auch der Wille, der zur Schaffung des Besitzverhältnisses von Bedeutung sein kann, nur ein natürlicher Wille, der jedem denkenden Menschen eigen ist.

Das Kind, das auf der Straße ein Geldstück sieht und an sich nimmt, wird Besitzer des Geldstücks, sofern es sich der wirtschaftlichen Bedeutung seines Handelns bewußt ist. Auch das Buch, das der Geisteskranke mit in die Anstalt genommen hat, befindet sich in seinem Besitz. Er kann mit dem Buch machen was er will; es erscheint zu seiner Verwendung bereit.

Die für die Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind also auf den beim Besitzerwerb möglichen Willen nicht anwendbar. Weder ist eine Handlungsfähigkeit erforderlich, noch ist eine Stellvertretung i. S. des § 164 BGB. möglich. Die Herstellung des Besitzverhältnisses kann auch nicht von einer Bedingung oder einer Befristung abhängig gemacht werden.

6. Die Besitzübertragung im Wege des Vertrags.

Nach § 854 Abs. 2 BGB. genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Erwerbe des Besitzes, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Auch ohne Herstellung des tatsächlichen Gewaltverhältnisses liegt Besitz bereits dann vor, wenn Besitzer und Erwerber sich über den Uebergang des Besitzes einig sind und der Erwerber die tatsächliche Möglichkeit hat, die Sache in seine tatsächliche Gewalt zu nehmen. Inhalt der Einigung ist also der Wille des Tradenten, den Besitz an den Erwerber abzugeben und

dessen Wille, den Besitz von Tradenten zu übernehmen. Nur dann aber ist der Besitzstand vorhanden, wenn neben der Einigung für den Erwerber die Möglichkeit der Besitzausübung gegeben ist. Es kann nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, im Einzelnen die Voraussetzungen des Tatbestandes, wann der Erwerber „in der Lage ist", den Besitz auszuüben, festzustellen. Es ist dies eine Tatfrage, die je nach den Umständen des Falles verschieden zu entscheiden ist.

Planck[55]) faßt die Möglichkeit der Besitzeinweisung nach § 854 Abs. 2 lediglich als eine Erläuterung des 1. Absatzes auf, „die einer zu formellen Auslegung dieser Bestimmung vorbeugen will." Dieser und auch der Ausführung in Staudingers Kommentar,[56]) Absatz 1 enthalte das allgemeine Prinzip des Besitzerwerbs und Absatz 2 nur eine besondere Erleichterung, kann nicht zugestimmt werden. Zwar ist Staudinger insoweit beizupflichten, als die tatsächliche Herrschaft nicht mehr Voraussetzung im Absatz 2 ist; das ist der maßgebende Unterschied zum Absatz 1. Dafür tritt aber eine Steigerung der Voraussetzungen insoweit ein, als das Gesetz hier neben dem „in der Lage sein" die Einigung verlangt. Abs. 2 regelt eine andere, zweite Art des Besitzerwerbs.

Die in Rechtsprechung und Schrifttum herrschende Ansicht faßt die Einigung als Vertrag auf, der die übereinstimmende Erklärung des Uebergangs des Besitzes zum Gegenstand hat.

Eine gegenteilige Ansicht wird u. a. von Manigk[57]) und Kreß[58]) vertreten:

Manigk vertritt den Standpunkt, daß zu der Einigung eine Willensübereinstimmung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers nicht erforderlich sei; wie im Absatz 1 sei die Besitzübertragung allein von dem einseitigen Willen des Vorbesitzers bedingt. Dieser räume im Tatbestand der Einigung dem Erwerber lediglich die Befugnis zur Ergreifung der Gewalt ein. Gegen diese Lehre spricht der Begriff der „Einigung", die zwei übereinstimmende Willenserklärungen fordert. Außerdem genügt im § 854 Abs. 2 die bloße objektive Möglichkeit der Gewaltausübung neben der Einigung zum Besitzerwerb. Der Wille des Erwerbers zeigt sich nach außen noch in keinem Besitzstand, aus dem seine Eigenschaft als Besitzer der Sache

[55]) **Plank, Kommentar, zu § 854,**

[56]) **Staudinger, Kommentar, zu § 854,**

[57]) **Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschr. f. d. Rechtsgeschäfte, S. 200 ff**

[58]) **Kreß, Besitz und Recht, § 44, 3.**

Dritten erkennbar ist. Ist diese Offenheit aber nicht gegeben, dann muß der Wille, die tatsächliche Gewalt übernehmen zu wollen, zum Mindesten auch erklärt werden.

Diesen Standpunkt vertritt auch Kreß. Aber gleich Manigk faßt er die Einigung als eine Rechtshandlung auf und setzt sich somit in Gegensatz zur herrschenden, u. a. auch vom Reichsgericht vertretenen Ansicht, daß die Einigung ein Rechtsgeschäft ist.

Um hier zu einer Entscheidung kommen zu können, muß auf den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtshandlung eingegangen werden:

Die juristischen Handlungen [59]) werden eingeteilt in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen. Das Rechtsgeschäft bezweckt einen Erfolg mit Hilfe der Rechtsordnung. [60]) Bei den Rechtshandlungen [61]) dagegen fehlt dem Handelnden die Vorstellung bestimmter Folgen. Diese treten unabhängig von seinem Willen ein.

Die Einigung verschafft nur in Verbindung mit der jederzeitigen Möglichkeit, die tatsächliche Herrschaft zu ergreifen, den Besitz. Deshalb ist es auch nicht richtig, etwa aus der Auffassung des Besitzes als eines Rechts oder als eines Zustandes, der mit Rechtsfolgen ausgestattet ist, die Entscheidung zu treffen. Die Einigung allein vermag den Besitz nicht zu begründen. Der Lehre Staudingers muß widersprochen werden; auf Grund der Feststellung, daß der Besitz ein Recht sei, — auch in dieser Beziehung können wir nicht zustimmen — kommt Staudinger zu dem Ergebnis, daß die Einigung ein Rechtsgeschäft sei. [62])

Die Einigung hat die Vereinbarung zum Gegenstand, daß der bisherige Besitzer seine Besitzlage, wie sie eben ist, auf den Erwerber überträgt, damit dieser den Besitz fortsetzen kann. Diese Verpflichtung zur Uebertragung und auf der Seite des Erwerbers die Annahme der Erklärung des Vorbesitzers ist Gegenstand der Einigung und noch nicht der Zustand selbst.

---

[59]) von Leonhard „Rechtshandlungen“ genannt.

[60]) Die übliche Begriffsbestimmuug, nach der das Rechtsgeschäft die auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Willenserklärung ist steht m. E. mit dieser Begriffsbestimmung nicht in Widerspruch. Denn wenn man unter Recht „die Zwangsordnung des wirklichen Lebens“ versteht (Manigk, Handw. d. Rechtsw. IV. S. 755) so kann die Erreichung eines bestimmten Erfolges nur mit Mitteln erfolgen, die die Zwangsordnung vorsieht.

[61]) von Leonhard „sonstige Rechtshandlungen“ genannt.

[62]) Staudinger, Kommentar, zu § 854, III.

Dieser ist an die weitere tatsächliche Voraussetzung geknüpft, daß der Erwerber auch „in der Lage“ ist, den Besitz zu ergreifen. Ohne daß das Faktum bereits besteht, erkennt die Rechtsordnung einen Besitz an. Nur mit den Mitteln der Rechtsordnung ist dieser Erfolg möglich; die äußere Lage gibt noch keinerlei Anlaß, auf das Besitzverhältnis zu schließen.

Es ist somit festzustellen, daß die Einigung ein Rechtsgeschäft ist. Geschäftsfähigkeit beider Parteien ist also erforderlich; auch finden alle anderen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung.

7. Der Eigenbesitz.

Eigenbesitzer ist nach § 872 BGB., wer eine Sache als ihm gehörend besitzt.

Der Eigenbesitz ist von Erheblichkeit als gesetzliche Voraussetzung für den Erwerb einer großen Anzahl von Sachenrechten. So wird gemäß § 900 BGB. derjenige, der als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne jedoch das Eigentum erlangt zu haben, Eigentümer, wenn die Eintragung 30 Jahre bestanden hat und er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat. Weiterhin ist der Eigenbesitz z. B. in den §§ 927, 955, 988, 836 u. s. f. notwendig zur Erlangung bestimmter Rechtsfolgen.

Im Gegensatz zum § 854 stellt § 872 ein bestimmtes Willenserfordernis als Voraussetzung auf. Nur derjenige, der die Sache als ihm gehörend besitzt, d. h. welcher die Sache gleich einem Eigentümer haben will, ist Eigenbesitzer. Das Gesetz verlangt nicht die „opinio domini“; der Besitzer braucht nicht von der Rechtmäßigkeit oder überhaupt von dem Vorhandensein seines Eigentums überzeugt zu sein. Auch auf einen bestimmten Rechtsgrund braucht der Besitzer seinen Besitz nicht zu stützen. Es genügt, wenn er nach außen lediglich seinen Willen, daß die Sache ihm gehört, kund gibt. Der Dieb, dem die Unrechtmäßigkeit seines Erwerbs bekannt ist, kann somit Eigenbesitzer sein.

Dernburg[63]) und Fischer-Henle[64]) fordern, daß sich in jedem Fall bereits aus der objektiven Sachlage — der äußeren

---

[63]) Dernburg, Sachenrecht § 15

[64]) Fischer-Hehnle, Kommentar, zu § 872.

Position — der Eigenbesitz ergeben müsse. Dieser Lehre ist aber entgegen zu halten, daß das Gesetz ausdrücklich den Willen als Tatbestandsmerkmal aufgestellt hat, also ein inneres Moment fordert. Ob ein Besitzer den Willen, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, hat, mag wohl regelmäßig aus äußeren Umständen geschlossen werden können. Im Prozeß wird er sich zum Beweise seines Willens sogar auf diese berufen. Allein jedoch aus der tatsächlichen Sachlage auf den Eigenbesitz schließen zu wollen, ist nicht angängig; auch wenn die jedem Dritten offensichtliche Lage auf den „Eigenbesitz" nicht schließen läßt, kann dieser trotzdem vorhanden sein. Gerade die Kundgebung des Willens, die Sache wie ein Eigentümer besitzen zu wollen, kann sich aus Momenten ergeben, die keineswegs allgemein erkennbar sind. Man denke nur an den Fall, daß der Besitzer über die Sache z. B. im Wege der Schenkung verfügt hat. Diese Tatsache ist nicht allgemein offensichtlich. Trotzdem wird er sich zum Beweise seines früheren Eigenbesitzes hierauf berufen können. Die Kundgebung des vom Gesetz geforderten Willens ist also stets erforderlich, jedoch braucht sich diese noch nicht aus der Lage der Sache zu ergeben.

Als weitere Frage ist zu prüfen, ob der Erwerb von Eigenbesitz als rechtsgeschäftliche Handlung anzusehen ist. Ist dies der Fall, dann können lediglich rechtsfähige Personen Eigenbesitz erwerben, nicht aber z. B. Kinder unter 7 Jahren oder Minderjährige allgemein, soweit ihnen der Erwerb nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.

Gleich dem Besitztatbestand des § 854 BGB. hat der Eigenbesitz ein tatsächliches Verhältnis der Person zur Sache zum Inhalt; nur der tatsächliche Zustand, daß der Besitzer die Sache inne hat, doch daneben auch den Willen hat, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, verschafft ihm den Eigenbesitz. Auch wer Eigenbesitzer sein will, hat nur den Willen, dieses tatsächliche Verhältnis zu begründen und fortzusetzen. Unabhängig von seinem Willen treten die im Gesetz festgelegten Rechtsfolgen ein. Der Eigenbesitz ist also nur ein Faktum und demgemäß kann auch der Minderjährige Eigenbesitzer sein. Voraussetzung ist nur, daß der Besitzer diesen Eigentumswillen, der von dem einfachen „Habenwollen" zu unterscheiden ist, zu fassen imstande sind.

Der Eigenbesitz wird entweder durch Beendigung des Besitzes überhaupt oder durch erkennbar gewordene Aufgabe des

Willens, die Sache als eigene zu besitzen, verloren. Es ist somit möglich, daß der Besitz fortdauert, der Besitzer aber den Willen, die Sache als ihm gehörend besitzen zu wollen, aufgibt.

*

Wir hatten uns die Aufgabe gestellt, den Besitzbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung eines etwaigen Willenserfordernisses zu entwickeln. Wir sind bei dieser Betrachtung von dem Besitzbegriff im römischen und deutschen Partikularrecht ausgegangen. Jetzt am Ende unserer Aufgabe stellen wir fest, daß der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen dem Besitzbegriff des deutschen Mittelalters entspricht. Dort die Gewere, die sich in der Möglichkeit der Nutzung der Sache offenbart; hier der Besitz, der stets dann gegeben ist, wenn eine Sache zur Verwendung Jemandes bereit erscheint. Die Uebereinstimmung dieser Begriffsbestimmungen braucht nicht erörtert zu werden, sie ist offenbar. Hier wie dort ist es allein der wirtschaftliche Gesichtspunkt, den die Rechtsordnung für ausschlaggebend erachtet. Nicht erforderlich ist erst eine verwickelte Konstruktion der Voraussetzungen des Begriffs. Das gemeine Recht hat nicht vermocht, die deutschrechtliche Auffassung über das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache zu vernichten. Der heutige Besitzbegriff entspricht der Gewere des deutschen Mittelalters.

Willens, die Sache als eigene zu besitzen, verloren. Es ist ganz möglich, daß der Besitz fortdauert, der Besitzer aber den Willen, die Sache als ihm gehörend besitzen zu wollen, aufgibt.

Wir hatten uns die Aufgabe gestellt, den Besitzbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung eines etwaigen Willenserfordernisses zu untersuchen. Wir sind bei dieser Betrachtung von dem Besitzbegriff im römischen und deutschen Partikularrecht ausgegangen. Jetzt am Ende unserer Aufgabe stellen wir fest, daß der Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen dem Besitzbegriffe des deutschen Partikularrechts entspricht. Dort die Gewere, die sich in der Möglichkeit der Verfügung der Sache offenbart; hier der Besitz, der stets dann gegeben ist, wenn eine Sache zur Verfügung jemandes bereit erscheint. Die Uebereinstimmung dieser Begriffsbestimmungen braucht nicht erörtert zu werden, sie ist offenbar. Hier wie dort ist es allein der wirtschaftliche Gesichtspunkt, den die Rechtsordnung für ausschlaggebend erachtet. Nicht erforderlich ist erst eine juristische Konstruktion der Voraussetzungen des Begriffs. Das gemeine Recht hat nicht vermocht, die deutschrechtliche Auffassung über das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache zu verdrängen. Der heutige Besitzbegriff entspricht der Gewere des deutschen Rechtslebens.

Lebenslauf.

Als Sohn des im Jahre 1926 verstorbenen Landesoberinspektors Karl Schröder und seiner Ehefrau Christiane, geb. Wagner, wurde ich am 30. September 1908 in Kassel geboren. Von Ostern 1915 ab besuchte ich die Städt. Vorschule und von Ostern 1918 ab das Realgymnasium I (Reform-Realgymnasium) in Kassel. Hier bestand ich Ostern 1927 die Reifeprüfung. Im Anschluß hieran widmete ich mich dem Studium der Rechte an den Universitäten in Marburg/Lahn (S. S. 1927 bis S. S. 1928, W. S. 1929/30 und S. S. 1930) Göttingen (W. S. 1928/29) und Freiburg i. B. (S. S. 1929) Am 24. Januar 1930 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar war ich zunächst bei dem Amtsgericht in Corbach und alsdann am Landesgericht und Amtsgericht in Kassel tätig.